

重症奇形児の生命と刑法

宮 野 彬

- 一 問題の所在
- 二 重症奇形児の実態
- 三 重症奇形児に対する従来の考え方と取り扱い
- 四 問題の考察

一 問題の所在

医学は、人間の生命の救済を使命とする。しかし、現実の医療技術にはおのずから限界がある。その間隙をぬって、日々の出産の過程において、医療的救済のまったくといえるほど困難な人間としての組織形態や生活能力を著しく欠く新生児の重症奇形児が誕生するばかりが少なくない。この種の生活不可能な奇形児に属するものには、つぎのごとき種類が挙げられよう。(一) 無脳児 (Anencephalus) (二) 単眼児 (Cyclops, Cyclopie) (三) 猿頭症 (Cobocephalus) (四) 単眼小顎症 (Cyclops, Hypognathus) (五) 水頭症(脳水腫) (Hydrocephalus) (六) 水脳症 (Hydranencephaly, Encephalohydroe, Encephalohydroorrhoe) (七) 後頭孔脳脱出 (Iniencephalus) (八) 二分脊椎 (Spina bifida : 脊椎破裂 Rhachischisis; hernianartige Vorstülpungen) (九) 結合体 (Conjoined Twins, Duplicitas, Double Monster, Doppelmissbildung : 重複体・二重体) (十) 無心体 (Acardia) など。

そこで、実際には、かような生活不可能児の生命をいつまで保持するよう努力すべき義務があるかが重大な問題として提起される。能力の及ばないところには義務性は存在しないといえるが、この種の新生の重症奇形児をいかように取り扱うべきかについては、産科および小児科の医師、助産婦それに児の保護者に確固たる判断基準が示されていないので治療義務との関係で頭を悩ませることになる。対象者が、新生児であり、また耐え難い苦痛を伴わないところから、いわゆる安楽死の事例とはいえないが、しかし、その実態については、関係者の間では、まさに安楽死の一つの変型ないしその延長線上に位置する問題だと考えられている。胎児は、通例、奇形などがなく器官が正常で妊娠三〇週に達すれば生存能力ありとみなされる。しかし、母体外で生存する能力のない未熟児や奇形児などは、外部からの力が特に加えられなくても速やかに死亡を遂げるものである。これを生活能力のある新生児に加えられた違法な行為と同視するわけにはゆかないと説かれている。⁽¹⁾けれども、奇形児も犯罪、ことに殺人罪の客体として刑法上保護の対象とされることはいうまでもない。リストルシュミットのレーアブーフには、「女性から生まれたものはすべて人間である。また、いわゆる奇形児、すなわち異常な形態をしていて、しかも生存を継続する能力がない生きもの (Monstrum) も人間である。生育能力は必要でない。生育能力のない新生児に対しても殺人や傷害をおこなうことはできる」⁽²⁾との解説が附されている。

昭和三七年一月一〇日、ベルギーのリエージュの裁判所は、サリドマイド禍奇形児を殺害した母親およびその他のものに対して無罪の判決を言い渡した。⁽³⁾⁽⁴⁾この事件の被害者である幼児は、両方の腕がなく、肩のところ、片方に四本、他方に二本の指が直ぐに附いていて、足にも欠陥があるサリドマイド特有のアザラシ症奇形児であった。ヨーロッパで俗にいうモンスター・ベビーである。被害者の幼児の身体的異常さに対する不憫さもさることながら、かような幼児を終生養育しなければならぬ悲劇的な立場に追い込まれた母親等に対する世間の人道主義に基づく強烈な同情心や、日常生活において、この種の異常児の出生する割合が稀有ではないことへの不安や恐れなどから、この事件は、世界中の人々に言いしれない衝撃を与えた。わが国でも、早速、マス・コミに取り上げられ、ひろく報道された。それに伴い、刑事法関係者

の事件に対する批評も披瀝された。また、この事件を契機にして、重症の心身障害者に対する国の施策や収容施設の実情などにも、俄に関心が示され、今後の保護のあるべき姿につき、活発に論議されるようになった。

ところで、刑事司法関係に目を転じてみるに、ベルギーの陪審員たちは、この奇形児殺害事件につき、無罪の答申を示したが、幼児は、単に四肢に極度の異常性が認められるにすぎず、頭脳や生活能力といった身体の重要部分については何等の障害がみられなかったので刑法上の保護を受ける資格は十分であったものといえる。それゆえに、殺人罪の保護客体性については、些かの疑問も生じない。しかし、産科学の実際からみれば、同じ奇形児の範疇に入るとはいえ、このアザラシ症奇形児は、症状としては、まだ軽いほうの部類に属する。

現実の問題としては、世間の目に触れずに、病院の産室内あるいは家庭内で密かに処理される前述のごとき重症奇形児のほうが、遙かに議論の余地は多い。しかも、この種の出来事は、その性質上、公然と明るみに出しにくいものであるだけに、裁判上の事件にまで発展する可能性は、まずないといっても過言ではない。

刑事司法の領域では、日常の社会生活内に生起する法秩序を攪乱し刑罰による制裁を受けるに値する違法行為を取り上げて、法的な評価を下す。この法的評価の仕方には、学説による理論的なものと裁判による実際的なものと二通りの方法がある。人間としての生命性そのものが問われることをその内容にもつ重症奇形児の処置については、裁判上の実際的な評価が求められる機会ほとんどありえないとおもわれるので、学説上の理論的な評価を通して殺人罪との関係を明らかにすべきことが要請される。

実は、日々の出産の過程において、かような異常児に必然的に直面せざるをえず、しかも、その取り扱いに心痛の思いをさせられている産婦人科の医師、助産婦、産婆などにとっては、まさに安楽死の問題の変型した事例と考えられているのである。現に、こうした問題をかかえ、直接悩みを訴えている産科の医師もいる。つぎのような提言をされる。

「都鄙を通じての凡々たる医療生活四十余年。この長い道中命のあるものなら一日でも長く天寿を全ふせしむる、これが与へられたる

天職だと心得て孜々として歩いて来た。今はもうこれ己れの安死に専念すべき明け暮れとなつてゐる身でと、或は言はれるかも知れんが、ふり返ると人の寿命を祈るべき身柄の者にも、時折之れに矛盾した早くどうか片付いてくれよばと思ふ場面に遭遇して悩むことがある。こんなことはそうざらにはないにしても、過去四十年に十件位もあつたらうか。開業医六万と見て之等の一代の間に六十万件はあることになるから満更な数でもない。それは他ではない安死の立法があつたらといふ場面である。昨年新聞の報じた老病の母親を依頼によつて毒殺したとか云ふ一見面を背けしむる事件で、係検事は、尊族殺しとして論じ又弁護人は他の法理で弁疏する傍ら泰西の安死論などを引用して論じた様に記憶するが、私の言はんとする所はそれとは大に趣を異にする面からの安死立法論である。癌や喉頭結核などの場合側隱の情洵に禁じ難い場合もあるが、之れには適応の方法もあることで固より安死など考へて見ないけれど、筆者が最近遭遇して悩まされた一例があるので茲に筆を試みんとするに到つた。

それは神がそつぽを向ひてゐる間に起る胎生の悪戯としていろいろな遺伝とも思へない突然変異の畸形児なる悲惨事が生ずることである。己往の十許りが同じものだと言ふのではないが、孰れ大同小異のとても生存不可能の運命をもつて生れ出た憐れな畸形児の身の上を思ふのに、生きれるものなら生かすべきは言ふ迄もないが、一二週長くも三週位の生命と極つてゐる運命の子をどうしたもんだらうかといふことである。女孕み、産み落すまでの所謂産みの悩みと云ふものゝ中重大関心事なのは片輪の児だけは生みたくないの一念だそうである。それなのに最近のはまん丸く太つた發育のよい男の児なんだが、これはどうしたことか上顎骨欠損つまり全口蓋も上唇もない訳だ、其の泣声たるやメーメー山羊式だ、この動物性叫喚を二十四時叫び通して三週間計り生存してゐた。産んだ親はどうだらう、一家の暗き将又医師としても暗然たらざるを得ないではないか。斯くて家族は赤ん坊と泣き暮した。私もどうにかならぬかとせがまれても凡そ科学とは縁の遠い仏の慈悲でも説くより他はなく、牛乳を注ぎ入れ不相変天寿を全ふせしむべきだと言ふより術はなかつた。この様な例は医師として遭遇する以外に、他の職能のものや家族たちによつて世に謂ふ暗から暗へ葬らるゝ場合も尠くはないと思ふ。其の様な場合当事者にとつては深刻そのものであり寝心地のよいものではあるまい。發覚すれば当然断罪されるであらうし、露見しなくも生涯の大なる悩みとなるべき筈だ。そう考へて来ると安死法如きものがあつて医師の管理の下に一定の条理に叶ふ様に処理さるゝことにして置いてやつたならば、産みの悩みといふ肩の重みが軽みもするし、種々な問題も起さずに済むし、生涯を通じての悩みもなくなることが出来る

か。個体は未成品として考へればよい。この方法はどんなものであらうか。茲に大方の識者法家の見解をお聴きしたいものである」(徳島県開業医)。

これは、単に問題の提起をなした一産科医だけの悩みではなく、すべての産科医に共通する深刻な悩みであり、しかもまた、かような重症奇形児を持つに至ったすべての家庭の問題でもある。医師の中には、同じく人間としての意義に疑いをもつ見解をあらわすものがみられる。「未だ生を知らず、いわんや死をや」といった古人のなげきはそのまま現代のわれわれのなげきでもある。生といい死といい、われわれはあまりにも知らないのである。しかし、重篤な先天性魚鱗癬のように致死因子をもつた児や無脳児などは、たとえ生産であつたとしてもはたして生きた人間といえるかどうか、きわめて疑問ではなからうか」(東京都立墨田産院勤務)。われわれは、ここに、重症奇形児の実態を知ることによって、問題を刑事司法の分野に持ち込み、然るべき検討をなすべきではないかとおもう。

(1) 上野正吉『犯罪捜査のための法医学』(昭和三六年)二四五頁。

(2) Franz v. Liszt u. Eberhard Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 28. Aufl, 1921, S. 311.

(3) サリドマイドは、児の生命を脅かす働きをなんら有しないために、無罪判決に対しては各方面から厳しい批判がなされた。殊に、パチカン放送局は、同年一月一二日に、つぎのような批判的解説を全世界にむけて放送した。

「リュージュの判決は当をえたものではない。無罪の判決に対して、殺された幼子が、ああした態度をとらなかつた母親たちが、そして全人類が、抗議の声をあげている。法廷で被告たちの言分は聞かれた。しかし、被害者の言分は聞かれなかつた。子供は生れたとき生きていた。すべての生きものと同様、生きることをぞんでいた。不具の人々、自然にめぐまれることの少ない人々もまた、生きることをのぞんでいるのである。不具であるということ、そのとき人は生きることを拒むよりも、一そう生命に執着する。自分を守り、自分の生活の可能性をふやしてくれる愛をもとめ、自分を殺すあわれみに反発するのである。

もし、あの幼子が口をきいたとして、自分を殺してくれと頼んだらうか。だが、何の権利があつて、そう考えたのか。

幼子に罪はなかった。自分の奇形に責任はなかった。少なくとも母親よりも社会よりも責任はなかった。一番責任のある社会が、一体どういう権利があつて、ただ一人罪のなかったあの幼子を殺すのは正しいとし、あの母親を無罪としたのか。

あの幼子は人間だった。人間のもつあらゆる権利をもっていた。

あの幼子は一つの肉塊、一つの失敗作と考えられたのであった。法廷さえ、あの肉塊のかげに、一つの魂が、知性が、意志がかくれているのを考えようとはしなかった。そこに、自分の権利のうち第一のもの、生存の権利をふみにじったものに対し、正義を要求する一人の「私」がかくれていたのである。この幼子を殺したものは無罪とされた。愛情から、あわれみから手を下したというのである。幼いバンドピュットによく似た赤子たちを守ろうとして、将来の世話をしようとして、ゆりかごに身をかがめる何干、何万という母親たちの態度は、憎しみであるというのか。残酷だというのか。

だが子供の生命をすくう愛をエゴイズムと非難し、それを殺す愛を本ものだとということが出来るのか。

全人類はふかい衝撃を感じている。か弱い人々、不具の人々、年老いた人々、苦しむ人々を守って来た。とりでの一角がくずされた。善意、献身、犠牲の上に、暗いかげがなされた。これらは人間の苦しみをめぐって花さき、つねに社会のもっとも高い誇りの一つであつた、友愛への、精神のふかい価値へのもっとも純粹な感情、それを尊ぶことを人々に教え、また守っているのである。人間のもつ権利のもっとも尊いもの、もっとも犯すべからざるもの、生きる権利が一つの傷をうけた。あの矛盾にみちた判決、幼子を殺したものを、それをゆるした方のあやまりに、ふかく心はいたむ。

この人々は感情にうごかされたのであった。人間のもつ権利を考えて行動したのではなかった。安易な感情に溺れ、人間の権利を守ることにうちに、もっとふかい愛の本質のあることを示す、より人間らしい、より強い感情に耳をかたむけなかった。いや、おそらく、その感情をみとめなかったのである。「(パチカン放送局日本語担当・東門陽一郎 Thomas Y. Tomon, Collegio S. Pietro AP. Viale Mura Aurelie, 4 Roma, Italia) (読者のイヌ)「幼子も人間だった」週刊朝日六七巻五三号(昭和三十七年十二月七日号)一三六一—一三七頁参照。

(4) 生まれたばかりの奇形児の一生の不幸を避けるために、親は、その児の生命を断つことができるか、という問題をこの事件は社会に新たに提起した。殺害という方法をとったこと、世間にはこの種のサリドマイド児を抱えて懸命に生活を支えている親がいる

ことなどから、無罪判決は、法律的にも社会的にも宗教的にも割り切れない後味を残してヨーロッパ諸国の話題をさらったといわれる。裁判においては、すべて感情により支配され、陪審員もまた感情によって被告の無罪を答申したと伝えられている。法律的には、この種の殺人事件に対するベルギー刑法の最低刑は三年の懲役となり、しかも、執行猶予は二年以上の刑には適用できないところから、被告を三年の懲役にするかまたは釈放するかのいずれかを選択せねばならなかった事情があった。それにしても、裁判が、傍聴者や群衆やマスコミなどによって作り上げられた独特の感情的雰囲気によって大きく影響されたことに對し憂慮する人が少なくなかったという。小島亮一「問題残すサリドマイド裁判―無罪判決を生みだした感情―」朝日ジャーナル四卷四九号（一九六二年二月九日号）四―五頁参照。

このほか、後日談として、判決後、世論が冷静さを取り戻すにつれて教会、政界、司法関係、医学界などにおいて、しだいに反省の色がこくなり、判決に対する批判が強まっていったとのことである。「問題残す奇形児殺し―判決は無罪だったが―」読売新聞（昭和三七年二月一三日版）参照。

(5) 植松正「サリドマイド奇形児の殺害」時の法令四四四号（昭和三七年二月三日号）、木村亀二「サリドマイド奇形児の殺人」法学セミナー八四号（一九六三年）、同「サリドマイド奇形児殺害事件と刑法」時の法令四九三号（昭和三九年四月三日号）。なお、サリドマイド禍をめぐる調査報告について、植松「奇形児の出生に関する女性の態度」、板倉宏「奇形児殺害の当罰性」参照。ともに、ジュリスト二七八号（一九六三年七月一五日号）に掲載。

(6) 島田療育園小林提樹園長の話・読売新聞（昭和三七年二月一三日版）、（誌上裁判・石川達三・小林提樹・水上勉・戸川エマ・仁木悦子）「奇形児は殺されるべきか」婦人公論四八卷三号（昭和三八年）一二四―一二三頁参照。このほか、（座談会・成田薫・宮城音弥・植松正・ロゲンドルフ）「安楽死のモラル」朝日ジャーナル五卷一七号（昭和三八年四月二八日号）、村井実『人間の権利』（一九六四年）参照。

(7) サリドマイド奇形児殺害事件の処理の仕方としては、おそらく、起訴されたばあいには、裁判所は、殺人罪として有罪とし、これに執行猶予を言い渡すのがもっとも妥当であろうとおもわれる（木村・前掲時の法令三三三頁参照）。ただし、ベルギー刑法のように執行猶予の条件を厳しく規定するときには、この事件のごとく困難な問題が生ずるので執行猶予の条件を緩和するよう立法上

の処置を講ずる必要があらう。なお、別の処理の仕方として、検察官が事件を不起訴処分にする方法も考えられる(植松・前掲時の法令三七頁参照)。

(8) 松田淡々「安死法の是非」週刊医学通信一八八号(昭和五年)二八一—二九頁。

(9) 吉田浩介「新生児死の特徴」週刊医学のあゆみ六九巻九号(昭和四四年)四八〇頁。

二 重症奇形児の実態

医療的救済のまったくといえるほど困難な、人間としての組織形態や生活能力を著しく欠く新生の重症奇形児は、上野正吉教授によると、無頭児、無脳児、無心児、単眼児、消化管閉塞、諸臓器ヘルニア、高度の水頭児、脳水腫などがあり、ときには、数時間ないし数日間以上、生存可能であるという¹⁾。産科学の知識がないので、生活能力に関係ある重症奇形児の、より詳細な実態については、日本医科大学教授で日赤産院副院長を務められる三谷茂氏の研究より引用させてもらうことにする²⁾(以下は原文のままである)。

一 無脳児 (Anencephalus) 頭蓋穹窿部の欠損については、半頭蓋 (Hemikranie) と無頭蓋 (Akranie) に分類でき³⁾。

半頭蓋は、頭蓋、矢状縫合領域における頭蓋穹窿部の比較的大部分にいたる欠損ではあるが、頭蓋の外形のおお存在するものであって、他の頭蓋骨の發育不全を伴うけれども、後頭骨、鱗屑部は、完全に残存し、後頭孔も閉鎖されているものである。無頭蓋は、また、Holokranie と⁴⁾、頭蓋穹窿のまったく消失したものであって、頭頂骨、眼窩部を除く以外の前頭骨、側頭骨、鱗屑部、後頭骨の大部分を欠損するもので、すでに、頭蓋の形態を失い、脳髓の大部分を失うか、または痕跡に存在し、脳膜も欠損せる脳髓の一部を覆う程度のものである。しかし、脳髓の欠損の程度によって、さ⁵⁾に、(1)半脳児 Hemizephalie, (2)仮性無脳児 Pseudoanencephalie, (3)無脳児 Anencephalie に分類した。半脳児は、頭蓋穹窿部を消失し、後頭骨鱗屑部は、なお、多少に拘らず残存するものであって、脳髓は發育不完全であるか、あるいは、部分的に欠損する。すなわち、大脳は消失して、ただ、その形骸のみの半球が認められる。小脳、脳橋、

四疊体は、痕跡的に存在するものである。仮性無脳児は、いわゆる脳發育不全 *Atelecephalie* とでも称すべきものであって、後頭骨鱗層部、頭頂骨、側頭骨の一部、前頭骨の一部、および脳髓を欠損するものであって、頭蓋底は、海綿状柔軟にして、血管に富む膜様囊状物にて蓋われ、その形骸のみの脳髓中に脊髓の上端を認めうるものである。無脳児は、頭蓋穹窿まったく消失したる無頭蓋であつて、脳髓の元形をまったく認めざるものであつて、大小脳、橋、延髄は、もちろん、ときとして脊髓も、その殆んどを欠損することがある。われわれが、いわゆる無脳児として取り扱うものの大部分は、この仮性無脳児であつて、少数の無脳児と半脳児がこれに加わるものである。

本症の頻度は、発表者によつて著しい差異がある。Martius によると、三、〇〇〇の分娩に対して一回といふ。Backhaus によると、二、〇〇〇：一といふ。当産院において秋葉の調査によると、開設以来の分娩数二〇八、九九三例中五六例で、一、九四六例の分娩に一回の割合である。すなわち、二、〇〇〇例の分娩に一回の割合と考えてよい。

無脳児、半脳児においては、大脳、小脳、延髄のごときを殆んど大部分を失えるために、早晩、死の転帰をとるものであることは明白で、生活不可能なる奇形である。今回、秋葉とともに調査したところによると、子宮内死亡九例、分娩中死亡一一例、仮死の状態にて産まれ蘇生せず間もなく死亡したものの二例、生後数分乃至一時間以内の死亡一〇例、その後の死亡は七例で、生後もっとも長く生存し得たものは四日間であつた。無脳児および半脳児で、かなり長期に亘つて生存した例の報告もある。Heysham und Hulle, Ziehen, Bayle und Thomson 等は八日間生存した例を報告。Sternberg は一〇日間、Heuber は一六日間、Durante は二〇日間、Waser は五週間、G. Morgan u. Creutzfeldt-Peiper は二カ月、Edinger は三年九カ月間、生存した例を報告してゐる。

二 単眼児 (*Cyclops, Cyklopie*) 単眼症および鼻欠損併有嗅脳欠如症。Arhinencephalie は *Otocephalie, Tricephalie* とともに頭部の奇形の二部門をなすもので、さほど稀れなものではない。単眼児は、次のように分類される。(1) 眼瞼に覆れた眼窩の中央に單一とみられる眼球を証明し、その上方に象鼻を証明するもの。(2) 外寛は、一眼球のようにみられるが、二個の眼球の相癒合せる状態が明らかに証明しえられる状態のもの。(3) 鼻欠損併有頭頤奇形ともいふべきもので、両眼窩のお分離することを認めうるものであつて、両眼球の相接近すること甚しく、その程度によつて鼻は、萎縮して、眼窩より上方に位置するか、あるいは間に、または下方に存在し、かつ眼窩に近接して存在するもの。

単眼児および嗅神経欠損児の頻度に関しては、極めて稀れに存在するものであることはいうまでもないが、われわれは、すでに二〇例以上を輯集しているところをみると、さほど稀れなものでもなさそうである。まず、一万例の分娩に際して一例の割合と考えてまず誤りなきものと信ずる。この奇形は、哺乳動物全体に比較して人類に多く発生するものと考えられている。

単眼児妊娠中の経過についてみるに、一般の奇形の際と同様に、羊水過多症を伴う場合が多い。余の例においては、五、五〇〇ccを証明したもののあり、かくの如き妊娠の異常を伴うためか、多くは、妊娠持続日数は短縮されて、児の全体の発育も不良なる場合が多い。このことは、半眼児および無脳児と異なるところである。したがって、生後、長期にわたる生存は不可能であって、本症は、生活不能なる奇形の中に数えられている。しかし、生後の処置が可良なる際には比較的長く生存するものもあり、久世は一六時間、Hechtは四三時間 Caradec は、八日および九日間生存せる二例を報告している。Schon は、六週間、ならに Paum は、一〇年間、生存した例を報告している。

三 猿頭症 (Ceboccephalus) Ceboccephalie は、人類におおづては、極めて稀れなものと考えられている。Kundrat は、一八八二年、自己の一例の外に文献中より四例発見したという。しかし、余は、日赤産院において、すでに三例を発見した。この Ceboccephalie においては、もはや、象鼻と称すべきものを認めないで、形式ながら鼻を認めることができる。その尖端中央において一個あるいは稀れに二個の穴を認めうべく、その穴は狭くして、盲端に終るか、稀れに極めて細い瘻孔をもって咽頭に通ずることがある。鼻腔内はもちろん中隔のごときものを認めず、眼裂狭小にして、眼球も、また発育不良である。正常なるものに比して著しく接近することはいうまでもなう。

Ceboccephalie も、単眼児と同様に、しばしば大脳半球の癒合、間脳の奇形を伴うものである。その奇形の程度は、単眼児に比して、はるかに軽度である。そのために、比較的、長期間にわたって生存しうるものもある。Turner は、前脳の癒合、単一なる脳室および膀胱体の欠損を伴えるものにおいて、四八才にて死亡せる例を報告している。

四 単眼小顎症 (Cyclops, hypognathus) 本症は、単眼症の異型ともいふべき奇形で稀なものである。いわば、Cyclopie と Sgnotia と合併したようなものである。発生学上、前脳と鰓弓の障害によるものとおもわれる。しかし、単眼児のように象鼻を証

明することのできないのが本症の特徴である。Synotieと同様に耳の下垂がある。また、耳の發育形態に異常がある。下顎は、欠損するか、または痕跡的に存在する程度である。口頰が狭小で、わずかに二—三mmのこともある。深さは、1cm程度であつて、もちろん咽頭に通じないことが多い。舌もまた痕跡的にあつて咽喉の前方に下垂している。脳は、もちろん、単眼症と同様の所見を呈することが多く、一般に、發育不良で、脳半球は分離せず、前脳の發育が障害されて、膜様物を証明し、嚢状を呈し、漿液を証明する例のあることは、単眼症にみるのと同様である。本奇形は、単眼症と同じく、生活不可能な奇形であつて、生後、ただちに死亡する。呼吸器その他にも高度の欠損奇形を合併するためである。

五 水頭症 (Hydrocephalus)

水頭症は、近時唱えられている名称であつて、人口に膺灸された名称は、やはり脳水腫である。先天性脳水腫は、脳室蜘蛛膜下腔、硬脳膜下に脳脊髄液の大量に滯溜するもので、内脳水腫、外脳水腫に区別することができるが、先天的に發生するものは、両者を混合するものが多い。滯溜液の多量なものは、頭蓋骨も菲薄大となるが、骨間も離開する高度なものは、脳質は、ほとんど膜状となっているか、または脳實質を、ほとんど消失して基底に僅かに残す程度のものもある。

先天性脳水腫の頻度について、Batsch は、一、五〇〇—一、八〇〇の分娩に対し一回の割合という。Zangemeister は、三、〇〇〇回の分娩に一回という。その差のあるゆえんは、先天性内脳水腫のごときは、生後において発見が困難であるからとおもう。当日赤産院において、過去三八年間の分娩総数、一一六、八五六例中三六例を発見した。その頻度は、〇・〇三%で三、二四六例の分娩に対して一回の割合である。

母体の予後に関して、成書によると、七—八%の子宮破裂をおこし、感染等による死亡率二〇%と記載されているが、現今においては、かくのごとき例は稀れである。先天性脳水腫児は、たとえ生存して娩出することができても、その生命を全うすることは、極めて困難で、二—三年以内に死亡するものであるから、胎児の生命を顧慮することなく、診断の確定したものは、早期に中絶して、母体の身体的、精神的負担を軽減すべきである。既にして、娩出期に入りたるもので進行しないときには、套管針にて縫合または、泉門を穿刺して児頭を縮小して娩出せしむべきである。帝王切開術のごときは、もっとも遮べき手術的操作である。既にして娩出された生命ある脳水腫児に対しては、手術的操作によつて、脳蓋内容をホリエチレン管によつて胸腔または腹腔内に透導する方法がおこなわれている。

六 水脳症 (Hydranencephaly, Encephalohydroe, Encephalohydrorrhoe)

水脳症は、脳実質が水様液をもって置

換された状態であつて、脳実質は痕跡的に証明せられるか、あるいは大脳の極めて一部を残し、小脳延髄は、そのままの状態である。しかし、頭蓋そのものも多少發育不良であることは、まぬかれぬ。その高度のものは、もちろん、生存に堪え得られぬものであるが、小脳延髄の異常のないものは、よく、数週間の生存にたえうるものである。高度のものは、すでに子宮内において、死の転帰をとるものである。

七 後頭孔脳脱出 (Iniencephalus)

後頭骨鱗状部の欠損によつて、大後頭孔が著しく大となり、さらに、脊椎弓が頸部、胸

部、腰部までも欠損して、大脳は、大後頭孔を経て頂部に下垂し、發育も不良であるが、多くは、小脳、延髄、脊髄も欠損するにいたる。無脳児とともに胎外生活不可能の頭蓋奇形である。ときとして、横隔膜も欠損して、腹腔内臓器が、胸腔臓器とともに一緒になつてゐることがある。

八 二分脊椎 (Spina bifida, 脊椎破裂 Rhachischisis; herniantarige Vorstülpungen)

新産児や乳児にみる脊椎

破裂は、決して少ないものではない。出産直後すでに著明に現われているものもあるが、生後において次第に著明になつてくるものもある。また、外表に現れないで内腔に潜在するものもある。軽度のものになると、「レ」線写真によつても明らかでないものがある。軽度な陰蔽性のものは、新産児において多数存在する。それ故に、先天性新生児の脊椎破裂の頻度に関しては、まったく不明といつてよい。新生児分娩の、一、〇〇〇例に対して一例と称するものもある。高度のものは、胎生期間中あるいは、分娩中、分娩直後に死の転帰をとるものもあるから、これらの例も総合して頻度を決定する必要がある。日赤産院において、新産児にみる高度の脊椎破裂の頻度は、八〇、四三五例の分娩中、一四例で、〇・〇一七%であつて、全外表奇形の七二九例に対しては、一・九二%に相当する。

二分脊椎のおこる部位は、どこでも起りうるが、頸部は、もっとも稀であつて、腰仙骨部位に発生するものが、もっとも多い。桜井・松本両氏は、囊腫性脊椎破裂の六例のうち一例は、頸部に、他の五例は、腰仙部に発生したという。破裂のおこる部位は、後面に発生するものが最大多数であるが、稀れた、前面側腹腔内あるいは、仙骨腔内に発生するものもある。脊椎破裂の存在するときには、しばしば他の臓器にも高度の奇形の存在することは、一般に知られている事実であつて、とくに、脳および頭蓋に奇形を合併することがしばしば

である。脊椎破裂に膈ヘルニアおよび腹壁破裂を伴う場合の多いことは、また、一般に知られている事実である。脊椎破裂児の予後の不良なることは、一般に知られている。生後一年以内に死亡するものが約九〇%である。おもうに、脊椎破裂にあっては、体格栄養など不良にして、生下時三、〇〇〇g以上の体重を示すものは、極めて稀れである。また、脳水腫、腹壁破裂等、高度なる奇形を合併することも予後を不良ならしめる原因である。しかし、一旦、幼時期を経過すると、よく高令に達するものがある。

九 結合体 (Conjoined twins 重複体・二重体)

二重体は、一卵性双胎の両児が癒合したものであって、両児が完全に癒合し対称性に癒合したものを真の二重体というべきであるが、健全なる胎児の一部に形態のまったく異なった胎児部分が癒着して、いわゆる寄生体となったものも二重体というようになった。

頻度は、報告によって著しく差異がある。また、対称性のものと、非対称性のものを取り扱うことによつて大なる差異がある。

symmetrical conjoined twins は、極めて稀れなものであつて、当産院においても、岩藤、北村の報告による如く、一二万の分娩に対して、僅か一例あるのみである。同様に Chicago Lying in Hospital においても、六〇、〇〇〇に対して僅かに一例あるにすぎない。しかし、総ての非対称性の結合体を加えると、当産院においても、約二万の分娩に対して一回の割合となる。Zangemeister は、全分娩の〇〇・一%に存在するというのが、正しく、これに一致するものである。その他 Schneider は、一九二六—一九三五年の一〇年間に於ける三五、〇〇〇の分娩中、二例、Szendi u. Balázs は、五〇、〇〇〇の分娩に一回、Rydén は、一九〇〇—一九三三年の間の四〇、〇〇〇の分娩中二例経験したという。二重体奇形中、胸部癒合体が、もっとも多いものとされているが、昭和二六年、松村博士は、自己の胸部癒合体二例を報告し、その際、本邦の文献中より、二重体奇形九六例を集め、胸部癒合体は、一五例を算したという。しかして、本邦においては、頭胸癒合体がもっとも多く存在したという。高浜氏は、昭和三六年六月、頭胸癒合体として、本邦における、二二例目を報告した。

重複奇形児は、胎内において死亡し、流早産に終ることの多いことは一般に知られている。流産死胎の中には、癒合奇形の高度のものが発見されている。世木田氏は、妊娠二カ月に相当する子宮外妊娠の胸部癒合体を経験している。近藤・田辺氏も各々四カ月、五カ月の例を報告している。しかし、癒合部位の軽度な場合においては、妊娠四〇週の満期産の重複体を分娩することがある。Sitka u. Patrick

は、殆んど六母近くの Ryden は、五、〇一〇の胸部癒合体の自然分娩を報告している。本邦において、松浦氏は、四、五〇〇の例を報告している。

すでにして、重複奇形なることを確診しえたならば、母体の健康生命に留意して、妊娠のいずれの時期を問わず、妊娠の中絶術をおこなうべきである。しかして、精神的にも、分娩に対しても母体の負担を軽減すべきである。分娩は、早期なるほど輕易であることは、いうまでもない。しかして、分娩に困難をきたす場合においても、できうる限り、自然産道を経て娩出すべく介助努力をおこなうべきである。帝王切開術のごときは、万止むを得ないときにのみおこなうべきである。

二重体奇形児の生存能力 大部分は、胎内において死亡、流早産に終るものである。稀れには、妊娠の末期近くまで生存するものもあるが、これまた、分娩時の人工的介助によって死産することが多い。生産するものは、きわめて稀れである。生産しても、生後、間もなく、重要内臓器の異常によって死亡するものである。癒合軽度で、枢要臓器に大なる異常がなければ、きわめて稀れに成人に達するものがある。

十 無心体 (Acardia)

無心体は、一卵性双胎にのみ発見するものであって、その一方の個体の発育が極めて不良で、身体各部の欠損あるいは、いろいろの程度の奇形を伴うものであるが、その特異なる所見は、心臓を欠如するか、または、痕跡的にのみ有することである。しかるに、かくのごとき大なる個体の発育がなされることは、奇とするに足りる。中嶋は、一九五五年、本邦文献中より二七例あることを認めたが、そのうち調査しえた二四例については、半頭骨全身無心体一例、全頭骨無頭無心体一例、半頭骨無頭無心体二例、無頭骨無頭無心体四例、無胸無頭無心体三例、無形無心体一〇例であったという。

無心体の分類・(A)、全身無心体 (Acardius holosomus) I、全頭骨全身無心体、II、半頭骨全身無心体、(B)、半心無心体 (Acardius hemisomus)、I、無頭無心体、1 全頭骨無頭無心体、2 半頭骨無頭無心体、3 無頭骨無頭無心体、4 無胸無頭無心体、5 無脊椎無頭無心体、II、無胸無心体、1 不完全無胸無心体、2 完全無胸無心体、(C)、無形無心体 (Acardius amorphus)、I、外部無形無心体、II、全部無形無心体。

無心体の頻度に関しては、明らかでない。Kappelman は、一九四四年までに文献上、六四例を発見したにすぎないという。本邦にお

いて、中嶋の調査において、二五例の報告があるというのも、これは、寡少にすぎぬの感がある。当産院の例においても、まだ発表していない例も多数にあるので、約一万例の分娩に対し一回の割合と考えてよい。その他の本邦における頻度に関しての報告をみると、東北大学における一六、一五六の分娩に対して一例、大阪大学における九、六二六例の分娩に対して二例の無心体の報告がある。Strassmannは、四七五の双胎中二例、Johns Hopkins Hospitalにおける双胎六〇六例中一例の頻度の報告がある。

無心体とともに自生体にも、しばしば奇形の認められることは、その成因上、明らかなことであつて、その主なるものは、口蓋破裂、口蓋弓の欠損、口蓋垂の欠損、兔唇などがある。その他、内臓および頭蓋内にも、しばしば奇形の存在が認められている。

ところで、これらの重症奇形児に対する現代の医療処置については、つぎのごとき方法がとられている。

一 無脳児

「分娩障害のあるときは、児を犠牲にして、肩胛の娩出困難に対しては、骨切断 (Cleido-or-Clavotomy, Kleidod. Clavotomy) をおこなう。」とか「児の子宮外生活は不可能であるから、つねに、胎児を犠牲にし、母体の生命を主とすべきで、したがつて、肩甲の娩出障害をきたし、用手娩出術も無効な場合には、切胎術を行い、又妊娠中に確診し得た場合には、適宜の分娩誘発法に依り、妊娠を早期に中絶する。」とか「本症の疑いがあれば、レ線検査をし、確診しえたならば、妊娠を中絶する。肩甲の娩出が困難なときは、用手あるいは鈍鉤牽出術、一側または両側の鎖骨切断術、その他の胎児縮小術で娩出を促す。」という。

二 水頭症

「胎児は、犠牲にして、児頭の穿刺または穿頭術により児頭を縮小せしめて娩出させる。」とか「一、套管針その他に依り泉門又は縫合を穿刺し、内容を流出させれば頭蓋は縮小して自然娩出が可能となる。2、只本症胎児は生産しても早晚死亡を免れぬか、或は高度の精神障害を伴う事が多いものであるから、母体第一主義の原則からは寧ろこれを犠牲にして母体の安全を期する方が至当といえる。即ち、頭位の場合には子宮口が全開大した後同じく泉門又は縫合を通じ、骨盤位の場合には躯幹の娩出後、後続児頭の大後頭孔を通じ穿頭術 Perforation (e, d) を断行する。但し骨盤位では剪刀で頸椎の後半部を切開して脳脊髄液を流出させる方法が、穿頭術に比べ一層容易である。」という。

三 二分脊椎

「療法として、小なるもの潜在性のもは、何等処置をおこなう必要がない。囊腫性のもので瘻孔を形成するものは、感染の危険があるから出来るだけ早期に手術的に閉鎖するの必要がある。しかし、完全に治癒するにいたらないで、再び瘻孔を形成

することがある。また、肛門が脱出したり、失禁に陥ることがある。また、脳水腫がますます大となることがあって、知能の発達を障害することもあるので、永久完全なる治癒は困難である。⁽⁸⁾ という。

論 四 結合体(二重体)

「多くは、妊娠の末期に達することが稀であるから、児体は小さく、両児の癒合部が可動性のことが多いために、分娩は可能で、むしろ容易なことが多い。しかし、並行癒合奇形、寄生体などは、分娩に困難を伴う。分娩困難をきたした場合は胎児を犠牲にして、切断術などにより娩出を図る。」とか「分娩時に障害をおこすことはあるが、児の生命を顧慮することなく、母体に損傷を与えないように、穿頭術、切胎術などをおこなうが、場合によっては、腹式切開がもっとも安全な場合がある。⁽¹⁰⁾」とか「胎児は特殊な場合(例えば剣状突起結合体)を除き多くは子宮外生活が不可能であるから、診断が確実な限りはこれを犠牲にして切胎術に依るべきで、帝王切開術は、禁忌である。」とか「多くは自然分娩が可能であるので、殆ど常に母体のみを考慮しつつ待期的に処置し、分娩障害が起れば胎児縮小術を行う。帝王切開術等は通常行わない。」⁽¹²⁾ という。

五 無心体

「処置として、無心体は、生活不可能なものであるから放置して可なるも、他側の生活児を分娩することも稀れにあるので、生後、生活可能の判断を下しうるものに対しては、充分なる注意が必要である。」⁽¹³⁾ という。

以上が、個別的にみた重症奇形児の実態であるが、ここで、さらに、産科学関係の文献から生命と関係ある事柄についての重症奇形児全般の傾向をあたってみよう(以下は原文のままである)。

【1】 奇形と死亡率

どんな奇形は死亡率が高いかというところまず脳神経性外胚葉性奇形の死亡率は最も高い、七二九例の外表の奇形例のうち無脳児、半脳児は合計五〇例あって、その頻度は六・八五%であるがこれが一〇〇%の死亡率である。次に水頭症であるが、これがまた三・二九%にあって、これが殆んど死亡、二分脊椎が一・九二%あってこれも予後不良である。全体の脳の奇形は一三・八五%であってこれが殆んど死亡することになる。⁽¹⁴⁾

【2】 先天奇形児の生命力

三谷は一、〇〇〇の出生児内では八の割合に奇形による死亡があると云い、出産一、〇〇〇に対して三、四名が奇形により死亡し新産児死亡総数に対する奇形死亡の割合は一・九%、一四・〇%を示めると云う報告(齊藤、田川)もあ

り、瀬木等も出産統計から奇形による死亡は新生児死亡の四・一%を占め死産の二・九%に当るといってゐる。Warkany は奇形は乳児期の死亡や罹患を高める重要な原因であり、他の原因による乳児の死亡率は減退しつつあるが奇形による死亡は一向に減退せず乳児死に内占める奇形死亡の比重は増加の傾向(一四〇二%)を示して居ると云つてゐる。三谷の剖検では胎内死亡児(妊娠八カ月以後二一例)では心奇形(四例)、無脳児、単眼児、脳水腫(五例)、十二指腸閉鎖(二例)Ⅱ分娩中の死亡児(二四八例)では無脳児、脳水腫(二一例)、腎奇形(五例)、心奇形(三例)、脳水腫症(三例)、Ⅲ出産し仮死より蘇生することなく死亡に移行したもの(二一六例)では無脳児、脳水腫、脊椎破裂(一〇例)、横隔膜ヘルニヤ及び横隔膜弛緩症(一〇例)、心奇形(五例)、腎及び尿管異常(五例)、Ⅳ新生児死亡(八三七例)では心奇形(三三例)、横隔膜ヘルニヤ(九例)が報告され、三谷は又、内臓奇形は常に胎児の生命保持に不可欠な器官に存在する事が多く、ことに神経外胚葉性奇形は一〇〇%に死亡すると云い、田川も中枢神経系と前方披裂の死亡率はとくに高率であると報告し、瀬木は奇形児死亡ではその約半数は循環系のもので消化器系、口蓋裂及び兔唇、水頭体の順に死亡頻度は低下すると述べてゐる。

McKeown & Reord は生存奇形児の生命力は弱く余命も短かく、一般に奇形児で五才まで生存しうるものは五% (正常児では九四%)にすぎず、重症奇形で出産後一週間を生き残りうるものは無脳児は0%、脊椎披裂は六九・八%、脳水腫四九・二%、蒙古症は九四・三%、心奇形は六九・三%、口唇と口蓋披裂は九三・九%、奇足は九四・四%であり、之等奇形が二種以上合併せるものでは生命力は著しく低下すると述べてゐる。従つて重症奇形や内臓奇形の死亡率は高く予後は極めて不良で、近時小児外科は長足の進歩をとげたが、奇形で外科的治療の対象になるものは尚限定されてゐる。⁽¹⁵⁾

【3】 小児外科の現況

Gross, Grob, White & Dennison, Swenson 等により体系付けられた小児外科は急速に発展し、小児とくに新生児でも外科的処置を行なう事が可能となり、従来は放置されていた新生児奇形のあるものでは救命手術が可能となった。新生児に開腹術や開胸術が可成り安全に行なわれる様になつた理由として若林らは「新生児にも気管挿入(Intubation)麻酔が可能となり、Ⅱ水分や電解質の異常(新生児は之れに対する抵抗が弱い)も非経口的投与で調整可能で、Ⅲ感染ことに肺炎も抗生物質で処理出来、Ⅳ微量測定法の進歩により血中の電解質定量も(極めて微量の血液で充分なので)新生児での検査が可能となり、Ⅴ四肢の静脈切開によ

の血管確保（所謂 Cut down）等の微細な手技も進歩したためであると云っておる。尚新生児は母親より種々な物質（免疫、ホルモン等）を受け継いでおるので手術に対する抵抗も以前に考えていたものより強いと云う見解もある。奇形に対する手術成績は外表奇形や比較的軽症奇形では良好であるが重症奇形、ことに内臓奇形では成績は尚悪い。この予後不良の理由には、早期に適確な診断がつかないため全身状態（水分、栄養、心機能等）悪化し手術に堪え得なくなったもの、II重症奇形児はしばしば未熟児でもある（Murphy, Cross）のでこの未熟児のための死亡も高い（植田）、III重症奇形は多くの臓器に奇形が合併しており（三谷、福田、Hellings, Forshall）ある臓器の奇形を治療しても他の気付かない奇形による死亡もあり（駿河）、IV同種の奇形でも奇形の程度に差異があり、新生児の組織も脆弱な為の手術の困難な事もある（駿河）事などがあげられて居る。織畑は全国の病院よりの報告をまとめ、日本では生後四週以内の開腹術及び開胸術の成績は悪く、ことに先天性食道閉鎖症は一〇〇%の死亡率を示すと発表しておる。（その後、若林、植田、葛西等の成功例の報告がある）。しかし葛西の引用しておる外国での手術成績は表三（省略）であり之の成績と比較すると本邦の現状とはかなりの差異がみられる。

先天奇形の手術は主に兔唇、狼咽、多指症、合指症、鎖肛、皮膚血管腫の如き容易に診断される外表奇形に施行されておるのが実状であるが、之等の手術には最適な手術時期があると云われ（若林）、手術の施行時期が重要な問題となっておる。しかし一般には生後八日—二八日迄の手術が生後一週間内の手術よりも死亡率が低いと云われて居る（織畑）。

最近は乳幼児死亡率は低下したが、死産や未熟児、奇形等による新生児死亡は低下していない。しばしばこの責任は産婦人科医に帰せられて居る。産科医は常識的に妊婦に臨床的に異常がない時には胎児も母体と同程度に健康であると考えておる。しかし妊娠成立以後は母体と胚や胎児はそれぞれ別個な生命体であり、外的障害に対する許容限界も母体とは異なる。従って妊婦の管理や診療に際しては母体への影響と、之れとは別個な胎児への影響をも念頭に入れておく必要があり、新生児に奇形を認めた時は直ちに小児科医や小児外科医の協力を求めて児の将来について尤も適当な処置を行うべきであらう。⁽¹⁶⁾

(1) 上野正吉『(犯罪捜査のための)法医学』(昭和三十六年)二四五—二四六頁。

(2) 三谷茂「新産児の生理および病理」中島精編『日本産婦人科全書』二七卷第一(昭和三八年)一三五頁以下、二一五頁以下、同

全書二七卷第二（昭和三八年）参照。

- (3) 藤森速水『産科学（異常編）』（昭和三六年）参照。
- (4) 長谷川敏雄『産科学』下巻六版（昭和三九年）二五一頁。
- (5) 加来道隆『産科学（異常編）』五版（昭和四〇年）三二一頁。
- (6) 藤森・前掲書参照。
- (7) 長谷川・前掲書二四九頁。
- (8) 中島精編・前掲日本産婦人科全書二七卷第一参照。
- (9) 藤森・前掲書参照。
- (10) 川上博『産科学』医学演習講座14（昭和三八年）参照。
- (11) 長谷川・前掲書二四六頁。
- (12) 加来・前掲書三一九頁。
- (13) 中島精編・前掲日本産婦人科全書二七卷第一・二四三頁。
- (14) 三谷「奇形」産婦人科の世界八巻七号（昭和三一年）一六頁。
- (15) 田淵昭「新生児の奇形とその取扱い方」産婦人科治療六巻一号（昭和三八年）九二頁。
- (16) 田淵・前掲産婦人科治療九三―九四頁。

三 重症奇形児に対する従来の考え方と取り扱い

殺人罪の客体としての人の意義につき、古く、明治四三年五月一二日の大審院の判例は、犯罪当時、生活機能を具えておれば足り、その健康状態がよく相当の天寿を享けたものであることは必要でない、と判示している。⁽¹⁾ また、大正八年一二月二三日の大審院の判例は、生活機能を具えた胎児が、母体からその全部または一部を露出した以上、たとえ仮死の

説 状態にあつても、殺人罪の客体としての人といふる、と判示する⁽²⁾。学説も、殺人罪の客体たる人は、行為当時生きていれば足り、生存能力ないし発育能力があつたか否かを問わず、また、奇形児に対しても殺人罪は成立するという点で見解の一致をみてゐる⁽³⁾。要するに、学説・判例ともに、殺害時に客体に僅少でもともかく生命の存在が認められるならば、殺人罪が成立するものとみる。生命に関する現時点の状態ならびに将来的展望、生存能力、身体的外観などにかかわらず、ただ生きてゐるといふ事実そのものが、このばあい、決定的に重要な役割を果す。学説・判例の中には、右の点につき異論を唱えるものはない。それ故に、かような生命を否定する行為は、殺人罪を構成することになり、殺人罪の成立が法感情に合致しないときには、超法規的な見地よりの適法性の根拠が捻出される段取りにならう。

ところで、内外の学説は、こぞつて、いかなる奇形児でも殺害行為時に生命があるならば、殺人罪の客体になりうるといふ全く一致した結論を示す。もつとも、中には、ほぼ人間としての形態を整えていなければならぬ⁽⁴⁾とか、人間から生まれても人類と認められ難いものは除外されるとかの説明を加えているものもあるが、ことさらに異をたてたともおもえず、また、刑法上保護さるべき奇形児と保護されざるべき奇形児の区別につき重要な相違点を示したとも考えられない。然らば、一体、極く僅少の生命をもって生まれた奇形児は、人間から生まれたという、ただそれだけの理由で無条件に保護さるべきであろうか、あるいは人間としての必要な本質的要素を欠くときには、刑法上の生命性が附与されない⁽⁵⁾ばいもありうるのであろうか。

(一) 「殺人罪の客体たる人は、犯罪の当時において生活機能を有していたものであることをもつて足りる。その健康状態が善良にして、犯罪によつて侵害されなければ、相当の天寿を享けることができるものであることを必要としない。それ故に、原判決において、被告が殺意をもつて、その長女の分娩したる嬰兒を窒息させた殺害した事実を判示した以上は、その嬰兒は、生活機能を営んでいたものと認めたることは明確であれば、たとえ早産のため、発育不良にして将来生長の希望がなかったとしても、これを殺害するにおいては殺人罪をもつて問うべきは当然であつて、該犯罪の成立には、その嬰兒が、発育能力を有していたことを必要としない。それ故に、原審において、本件被告の殺害したる嬰兒が、将来、発育能力を有するか否かを審理しないで、直ちに判決した

のは違法ではない」（大判明治四三年五月二日刑録一六輯八五七頁、刑抄録四一卷四一三二頁）。

(2) 「胎児が生活機能を具備して母体よりその全部もしくは一部を露出したる以上、たとえ仮死の状態にあって、まだ呼吸作用を開始しなくとも生命を保有するものなるが故に、殺人罪の客体となることができる人なりといわなくてはならない。いま、原判文を通読すれば、被告の分娩した嬰兒は、生活機能を具備していたことは明らかであるから、該児が産門より仮死の状態のまま、その一部を露出し、分娩後もその状態を継続して、まだ呼吸を開始しないとすも、その間、被告が殺意をもって、これに暴行を加え、窒息死にいたらしめたこと、原判示のようである以上、被告の所為は、殺人罪を構成することもちろんであって、原判決が、被告を同罪に問い、殺人の証憑が十分でないとして無罪を言渡した第一審判決を取消したのは相当である」（大判大正八年二月一日刑録二五輯一三六七頁、刑抄録八三卷一〇五六八頁）。

(3) 「本罪（生命・身体に対する罪）の客体は人なり。人とは、生物学上の概念にあらずして、法律学上の価値的概念なり。（中略）産児が発育の能力を有することは必要にあらず。また、産児が生活体なる限り畸形児といえども、なお人たるを失はず」（宮本英脩『刑法学粹』（昭和七年）五三四―五三五頁）とか、「人であれば、生存能力の有無を問わないし、いわんや、畸形であるかいなかも問題とならない」（井上正治『刑法各論』（一九五二年）六二頁）とか、「犯罪行為の当時に生活機能を有している若であれば足りる。それで、早産のため発育不良で生長の望みがない嬰兒や仮死状態で生まれた嬰兒に対しても第一九九条の殺人罪が成立する。また、人間から生まれた者である以上、どんな畸形児であっても本罪の客体となる」（江家義男『刑法各論』現代法学全書（昭和三年）一九四頁）とか、「殺人罪の客体は、生命ある人である。生命ある人であることをもって足り、必ずしも生存能力のあることを必要としない。ゆえに、瀕死の人に対しても、早産により成育の見込のない産児に対しても、犯罪が成立する。また、殺人罪の客体たる人は、畸形たる否と、悪疾の保持者たる否とを問はない」（木村亀二『刑法各論』（昭和三年）一三頁）とか、「殺人罪の客体は人である。それは、自然人のみを指すことは当然であるが、本罪の客体たるには生命を有することが必要であるから、出生から死亡までの時期において、行為の対象となる場合でなければならない。（中略）生活現象の全部的断絶をもって死と認めるべきである。したがって、死の徴候が明白に現れ、たとえ再起不能であっても、生命の断絶に先立って、これを絶滅させることは、殺人行為といわなければならない。はなはだしい畸形でも、人たるを失わない」（植松正『刑法概論』

Ⅱ各論(昭和三二年)五八五―五八六頁)とか、「殺人は、人の死をひきおこす、あらゆる行為によって認められる。行為の対象は、生きている人である。生きている人ということだけで十分で、生存能力のあるなしは、問題にならない。死にひんした病人、生育の見込のない赤児に対しても、また、ほほ人の形を備える畸形児に対しても、殺人罪は成立する」(滝川幸辰『刑法各論』(一九六〇年)二五頁)といわれている。

また、「殺人の対象は、生きている人間である。人間とは、存在の最初の瞬間から最後の呼吸をなすまでをいう。また、老令・疾病あるいは早産などのために、生きる希望のない状態のままであっても、可罰的な殺人をおこなうことはできる。さらに、奇形(Mißbildung)を、これとは逆の取り扱いをすることはできない(明瞭な奇形者を殺害したことを理由に、極く軽い刑罰を課することが許されている。プロイセン国法Ⅱ' 20' § 79 参照)」(Philipp Allfeld u. Hugo Meyer, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 8. Aufl., 1922, S. 330)とか、「新生児の生活能力は、生命の保護の前提にはならぬ。母親と独立している子供は、行為のときに、生きているだけで十分である。奇形児(Mißgeburten)やモンスター(Monstren)も、事実上、生を継続しているかぎり、例外的事由とはなりえない。なお、奇形児の少数のものについては、少なくとも、人間の顔(Menschenantlitz)を具えているときのみ、まさしく、人間としての資格を語ることができぬ。病的に変質した卵は、行為の客体としては認められなく」(R. Maurach, Deutsches Strafrecht, Ein Lehrbuch, Bes. Teil, 4. Aufl., 1964, S. 13)とか、「長期間、生を継続しえない新生児や死期の間近かな重傷者も、殺人罪の客体となることができ、生活能力は、前提条件にならない。また、いわゆるモンスター(Monstrum)や奇形児・不具者(Mißgeburt)なども、殺人罪の客体になりうる。奇形児が、人間に似た組織を有しているかいなかを問題にする必要はなく」(A. Schönke u. H. Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 13. Aufl., 1967, S. 971)と認められている。

- (4) 「人とは、なんであるか。ここでは、その生物学上の概念ではなく、法律上の概念であり、しかも、刑法上における生命に対する罪の客体としての概念である。畸形児も、またほほ人体を具体するならば、人である」(小野清一郎『刑法講義各論』(昭和三一年)一五七頁)。なお、滝川・前掲書二五頁も同旨である。

(5) 「殺人罪の客体なる人は、婦女より出生した一切の人であり、いわゆる畸形児(Das Monstrum)もこの中に入り、双生児もこ

れに該る。ただ、人間から生れたものであつても、もし仮りに人類と認めることのできないものであるときは、本罪の客体とはならない。本罪の客体たる人は、犯罪の当時において、一定の生活機能をもつていれば足りる。その生存能力 (Lebensfähigkeit) ないし健康状態 (Gesundheitszustand) が良好で、相当の天寿を全うし得べきものであることを要しない。いやしくも人であり、生存する以上は、たとえ虚弱で早晩死亡することが明白であつても、本罪の客体となる。瀕死の病人、その他一部露出した胎児で仮死の状態にあるものとても、すでに生命を保有しているかぎり、本罪の対象となる」(安平政吉『改正刑法各論』(昭和三五年)一五頁)。

新生の重症奇形児は、人間として保護さるべき主体であろうか。ドイツでは、ローマ法の態度との関連から第一九世紀まで長い間、一般に奇形児殺害 (Die Tötung von Mißgeburten) は、人間に対する殺害と同視されえないという解釈がとられてきた。もっとも、かような中であつて、立法に眼を転ずると、プロイセンのラント法 (Das Preussische Allgemeine Landrecht) は、第二篇第二〇章第七一六条以下において、モンスターの除去 (Die Fortschaffung der Monstra) についての特別の規定を置き、また、一八四〇年のブラウンシュヴァイク (Das Braunschweigische) 刑法第一五〇条は「人間としての形態を欠きながら生きて生まれた嬰兒を、その欠陥を理由にほしのままに殺害したるものは、七週間以内の軽懲役または相応の罰金刑に処する」と規定して⁽⁸⁾いた。ところが、一八七二年に、現行のドイツ刑法が施行されてからは、モンスターも殺人行為に対する刑罰による威嚇の下に保護さるべきだ⁽⁹⁾という考え方が学説によつてひろく受け入れられるようになった。今日、奇形児も普通殺人罪の法益性との関係では通常人なみの取り扱いを受けるに至つたが、ここで、人間としての奇形児とそうでないものとの相違につき、かつて示されたドイツの学者の理解の仕方をみてみよう。この点につき、シュテューベルは、つぎのようにいう。「人間から生まれたものはすべて人間であるという論理は、まったく一致して認められている。しかしながら、また、非常に人間らしくない体付きをしているものがある。これについては、つぎのような見解にしたがうのが正しいとおもわれる。人間としての形態を欠いたまま生まれたばあいには、人間と

そうでないものとの相違を、主として、理解力 (Die Fähigkeit der Vernunft) によって判断すること、この理解力が具備されているならば、必要な前提機能を欠いても人間の部類に属さないとはいえない⁽¹⁰⁾。それ故に、頭部は人間の頭としての形態を整えていなければならないという理屈になる。ヴェヒター⁽¹¹⁾やヘフター⁽¹²⁾も右のシュテューベルの見解にしたがっていた。一方、ミッテルマイアーは、フォイエルバッハのレーアブーフの中で、モンスターを刑罰による制裁を受けるおそれなしに殺害しうるし以前には、一般に、奇形児は速やかに殺すべきであるといわれていたと述べている。⁽¹³⁾

かように、法による保護の対象となりえないモンスターの存在を説くのは、第一九世紀以前の学者に多いが、現在では、この点につき学説上も裁判実務上も議論の場はまったく与えられていない。イギリスでは、ヘンリー三世の時代に、ブラクトンが、モンスターの人間でない旨を述べているが、かれのモンスターについての定義は、正確でなかったばかりでなく、また、その考察は、殺人罪との関連でなされたものではないといわれている。もともと、かれは、指や手足などの単なる屈折あるいは身体の一部の麻痺程度ではモンスターではないと説明している。くだって、ブラクストンもやや似通った見方をしている。「どこからみても明らかに獣のような外観を呈しているモンスターは、たとえ結婚により生まれたものであっても相続人たりえないであろう。何故ならば、その理由はあまりにも明瞭であり、また、あまりにもショックキングな出来事であるのほとんど論議の余地はなからう⁽¹⁴⁾」という。かれは、モンスターを動物的な起源を有する系統からの産物であると信じていた。⁽¹⁵⁾

(9) *Dl*, 5, fr. 14: *Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur: veluti si mulier monstrosam aut prodigiosam enixa sit.*

(7) *Vgl. K. Engisch, Euthanasie und Vernichtung lebensunwerten Lebens in strafrechtlicher Beleuchtung*, 1948, S.23.

(8) *Vgl. K. Engisch, a.a.O.*, S.23.

(9) 殺人罪の客体に関する前記註³に掲げたドイツの学者の説明を参照された。

- (10) Strübel, über den Tatbestand der Verbrechen, 1805, § 97.
- (11) Vgl. Wächter, Lehrbuch des römisch-deutschen Strafrechts, 1825, § 162.
- (12) Vgl. Heffter, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, 1854, § 231.
- (13) A. R. v. Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Aufl., (Hrg. von C. J. A. Mittermaier) 1847, § 207.
- (14) *quia partus monstruosus est cum non nascatur ut homo.*
- (15) Bracton, f. 438 a-b.
- (16) See Coke upon Littleton, f. 7 b.
- (17) See, G. Williams, *The Sanctity of Life and the criminal Law*, 1957, p. 21.
- (18) Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 1765-1769, II, 246.
- (19) See, G. Williams, *op. cit.*, p. 21.
- モンスターが人間であるか否かの問題は、重症奇形児にあっては自然の経過として嬰兒が、通例、生後ほどなくして死の転帰をみるために、實際上重要性をもつ度合は少ないとみられている。⁽²⁰⁾ しかも、イギリスの医療実務においては、嬰兒がひどい奇形状態で生まれたときには、医師や看護婦は生かせるための差し出がましい努力をしないのが慣例になっているといわれる。⁽²¹⁾ つまり、母体外で生存しうる能力のない未熟児や奇形児などは、たとえ積極的な殺害行為を加えなくても、嬰兒は、暫くそのまま無保護の状態に放置しておけば死亡を遂げるのが普通であるという。正常児ならば、かなりの時間、無保護のまま放置しておいても生き続けられるが、奇形児は比較的早く死亡する。それ故に、なんらの手をも下さないのであると説かれている。⁽²²⁾ かような医療実務の合法性がまさに問われるのである。

(20) See, G. Williams, *op. cit.*, pp. 21-22.

- (21) See. G. Williams, *op. cit.*, p. 22.
 (22) See. G. Williams, *op. cit.*, p. 22.

いかなるモンスターにも不滅の靈魂があるといえるか否かは、一つの重大な問題であるが、ここで宗教的な觀察を附け加えるならば、生命に対する侵害行為に非常に厳格な態度を示しているカトリック神学ですら、モンスターは人間ではないという見方をしているといわれる。⁽²³⁾特に、カトリック神学では洗礼をなすべきか否かという現実的で實際的な問題と絡んでくるので、その判断は、重要な意味をもつ。Ritale Romanum は、「人間の部類に属さないモンスターは洗礼すべきではない。疑わしいときには、あるがままの状態で洗礼すべきである」という。⁽²⁴⁾なお、プロテスタント神学でもモンスターを人間とみていないという事実を指摘しておく。⁽²⁵⁾ちなみに、イギリスでは、Royal Sanitary Institute の年次總會の際に、安楽死の可能性の問題につき討議された経験をもつが、その席上で、二人の著名な医師は、改善のまったく期し難い、とても人間とおもえないようなモンスターを苦痛なく除去しても適法であるとするのが望ましいという意見を述べている。⁽²⁶⁾医師倫理を忠実に遵守しつつ産科の第一線で活躍するわが国の臨床医の中にも、かような重症奇形児は人間とはいえないのではないかとの疑問を投げかけるものがあることは、一において指摘したごとくである。このほか、ニューヨーク市の Bellevue 病院の神経科長フォスター・ケネディは、自然の誤りともいえるべき、生まれてくるのではなかったような重症奇形児に対する安楽死に賛成し、その処置について個人的提案をおこなっている。⁽²⁷⁾

- (23) See. G. Williams, *op. cit.*, p. 21.

(24) Quoted by William Reany: *The Creation of the Human Soul*, New York, 1932, p. 196. なお、洗礼の点に関する異説として Cf. G. Kelly, *Medico-Moral Problems*, 1955, p. 80.

(25) See. E. L. Mascali, *Christian Theology and Natural Science*, 1956, p. 283.

(26) See. Harry Roberts, *Euthanasia and other aspects of life and death*, 1936, pp. 7-8.

(27) See, Charles J. McFadden, *Medical Ethics*, 1958, pp. 246-247; *American Journal of Psychiatry*, 1942-1943, Vol. 99, p. 13.

四 問題の考察

一口に重症奇形児といっても、その身体的損傷の程度は大小さまざまである。しかし、現実には直接、生死の境目に立され高度の奇形性を持って生まれた存在が少なからずいる実情を知り得た。特に、その奇形の度合のもっとも激しい児は、もともと胎内で死の転帰をみるべきはずであったのが、不幸にして母体外にまで持越され、しかも、生後いくばくもなくして自らの疾病によりその生命を絶つと同時に現代の進歩した医学、ことに小児外科の知識あるいは技術のすべてを駆使してもその生命を保持すること、すなわち、身体の機能の自然に衰退するのを阻止しえないという事実を伴うものである。かような医療的救済の余地をまったく閉ざされ、しかも、死期が明瞭に間近で致死因子を多数内包する生命に対し、法はいかなる態度に出るべきであろうか。

この重症奇形児の問題は、同時にそれとの関連において犯罪の純然たる客観的側面につき改めて検討を加えてみるべき必要性を生む。たしかに、既に見たごとく、いかなる奇形児といえども法的保護の対象になりうるとの見解にしたがえば、かような生命を絶つ行為に対しては、殺人罪の構成要件該当性は当然に肯定されよう。しかし、形式的な殺人罪の適用を考える前に、一体、法が保護しようとする実態は何かという点につき、ここで虚心担懐に反省して見る必要がある。

犯罪とは、構成要件に該当する違法にして有責な刑罰の制裁を受けるに値する行為であり、犯罪の違法内容を実質的に把握すれば、犯罪とは、法益の侵害であるといえる。つまり、刑法により保障された一定の生活上の利益または客観的な価値に対する侵害である。また、犯罪とは、人倫秩序に対する著しい侵害であるともいえる。右のような犯罪に対する

定義づけから演繹すると、犯罪の客体になりうるのは刑罰という制裁をもたらすと同時に、客観的に刑法上の保護を求めに足る一定の生活上の利益をもつものといえよう。したがって、かような要素を具備しない利益に対しては法益性は与えられないと結論づけられるであろう。然らば、法益性付与に対する基準は、具体的にはどのようにして示されるのであろうか。法自身は、これまでこの点につき何等の具体的な判断を与えていない。それで、法益性が付与されるについては、およそ二つの要件の具備が必要だと考えている。その一つは、当該の利益自身、刑罰という制裁をもつ法の保護を受けるに値するだけの一定の内容を内部的に実質上有していなければならないという要件である。この際、保護を受けるに足る実質的な内容は僅少でもよい。しかし、ほとんど無か著しく欠くときには内容が無いものと同視される。もつとも、この間の具体的な判断には相当な困難が伴うであろう。その他の要件としては、法の保護する一定の生活上の利益を社会生活内において容易に維持ないし保持しうるだけの内容を犯罪の客体が具体的、実質的に備えていなければならないということである。先の内部的要件に対して、これを外部的要件と称しようか。刑法規範の適用を受けるものが、もともと利益の保持をなすに際して、著しい努力を要求されるいはその保持にかなりな程度の支障が伴うときに、利益自身がそれでも法の保護を求めるのは自己矛盾といえるために、必然的に刑法による保護という恩恵は受け得られなくなる。ところで、この間の具体的な判断についても同じく相当の困難な事情が加わるであろう。しかし、観念的、抽象的な原理としては、結局、右の内外の具体的、実質的な要件をすべて具備しないときには法益性は付与せられないという結論になる。もつとも、現実にはかような要件の審査は非常に嚴格におこなわれるであろうし、しかも、いずれかの要件の中に僅少でも法の保護を受けるに値すると思料せられる実質的な内容が含まれているならば、法益性ありと判断されるために、刑法の適用除外例は極く稀れであるといえよう。法益性ありと認定されるならば、侵害行為に形式的な犯罪構成要件該当性が認められるので、つぎには、その論理的順序として実質的違法性の有無が検討されるという段取りになる。一方、これに反して、法益性なしとの判断を受けるならば、形式的な犯罪の成立それ自体が肯定せられなくなる。このばあいには、侵

害行為の客体をいかに処置しようとも、それは刑法的にはまったく無関係な出来事といえる。

産科学の實際に鑑みると、重症奇形児は極めて特殊、異例な現象であり、その実数も奇形児全体からみれば非常に僅少であろう。しかし、社会生活内に現に生命と称し難い形で存在する以上、刑法上の取り扱ひとしては、保護外に置かれてしかるべき客体と認められないであろうか。確かに、人間から生まれ、しかも多少なりとも生活機能を身につけているので、この点、疑問がないわけではないが、しかし、法律的視点に立脚して考察してみれば、(数理的に正確に示えないとしても) 生後間もなく死亡する事実が医学的に極めて明瞭かつ確実に証明でき、その上、生命の自然的に衰退するのを医療的に阻止するのがまったく不可能であり、また、組織、形態の両面において、通常の人間と著しくかけ離れているので、刑法上保護さるべき人間としての資格を付与するには大いなる躊躇が感ぜられる。かような医療的救済の見込みのないばあいには、治療行為の限界と称しうる時点をはるかに超越しており、それとともに侵害行為内に法秩序に対する攪乱の可能性が僅かなりともみられないので、医師には当然に治療義務は認められなくなる。

右以外の大多数の法益性の付与されるばあいには、医師に当然に治療義務が課せられるので、この治療義務との関連において犯罪の成否が論ぜられるのはいうまでもない。通例、法益侵害の行為に対しては構成要件該当性が認められるので、問題の中心は、実質的違法性を排除する可否かの点の検討に移行することになる。端的にいえば、保護法益性を付与された新生の重症奇形児に対する不作為的形態における生命短縮の事実が、検討の対象にされる。生命を保持してゆく上に必要な重要な身体的組織の先天的な高度の損傷のために、たとえその生活能力が減弱しているものであっても、刑法上の人間としての生命と称しうるものであるならば、通常、医師は、その職業倫理上、生命が自然に尽きるまで医療に専念するのがその建前といえる。実務上も万策尽きるまで児の生命の保持にあたるのではないだろうか。しかし、医療上の技術ないし能力にも限界がある。現在はいうに及ばず将来においても、この分野における小兒外科学の力のおよぶ範囲は極めて限られたものであることが見込まれる。奇形児の生命力の保持に対する医療的保護の程度が極めて低下したばあい

に、医療実務上、何時から処置を中止して死が自然に到来するにまかせるかについては具体的な事情を知りえない。しかし、それは、医療的処置が奇形児に対してなんらの効果を及ぼさない状況を迎えた時点からであろうと推察される。そこで、医療の中止につき、(一)、児の死期が明らかに間近に迫っている事実が確実に診断されること、(二)、現代の医学上、身体的組織の高度の先天的損傷のために、その生命が明瞭に自然に尽きゆくのを阻止しえず、児の生命の保持に対する医療的救済方法のまったく存在しないこと、(三)、医療の中止に対し、児の親族のものが同意を与えていることなどの諸要件が具備するときには、医師には、児に対する一般的な治療義務がなくなり、医療中止の不作為に可罰的違法性を見出すのは不可能となる。それ故に、死の結果が発生しても医師に対してはなんらの刑事上の責任を問いえなくなるものといえよう

(1) この種の不作為的形態による生命短縮の事実については、元来、秘密裡にことが運ばれるために必然的に公の討議題目になじまない性格をもつ。

(2) 新生の重症奇形児の生命を保持すべき義務につき、通常の治療行爲に属するか否かの観点から論じたものとして、Charles J. McFadden, *Medical Ethics*, 1949, p. 141; *idem*, *Reference Manual for Medical Ethics*, pp. 25-26; G. Kelly, "The duty of using artificial means of preserving life", *Theological Studies*, No. XI, 1950, pp. 211-212.

具体的事例として、先天的に食道を有しない奇形児の生命を救済するために、人工食道 (*artificial esophagus*) を作る試みあるいは胃瘻設置術 (*gastrostomy*) を施すべき義務があるか否かにつき検討が加えられている。

重症奇形児が生まれたときの医師のとるべき態度については興味もたれるが、問題の性質上、医師は明言を避ける傾向にある。したがって、収集した数少ない文献の中では、その処置につき、はっきりした態度を掴みえなかった。つぎのような医師の発言がある。⁽³⁾

「A もう一つそういうような奇形が生れたときにわれわれ医者はいかなる態度をとるべきかということですね。その度合が強いときは当然その児は死ぬであろうが、それをそのままにしておくべきものか。

B 多少はありますね。

A そういうような場合にそれを母親に見せてはいけなんでしょうね。これは生きそうもないと思つた場合に、それを放っておくべきかどうかということは、実際問題としてみなさん非常に困られることじゃないでしょうか。

B 本当に困りますね。

C 実際困るね。まあ状況判断によつて善処するということになるでしょう。

D それは言わぬほうがいいね。うっかり言つたら突つ込まれるからね。

E だからよく兎唇の児が生れたりなんかすると、生れるとき産婆さんがうまく処置してくれなからというので、その産婆さんがはやらなくなる……

A ……ということがありますね。いや、もう私も兎唇と狼咽の子供が生れて……その分娩には産婦の母親が立会つていたのですが、生れた子供が兎唇の裂目からペロペロ赤い舌を出す。実際見ていて気味の悪いようなその赤ん坊を見て、その祖母さんが途端に私をこうして(両手を合掌して)拜むようにして、こうしてくれ(両手でひねる格好)、つまり子供の首を締めてくれというわけです。まさか生れた子供の首を締めることはできないので、その心持はよくわかるけれども、本当につらい思いをした。

A 半頭児、無脳児ならいいけど……。一番困るのは兎唇、それから指の多い、少いですね。

B そう。

このほか、「無脳児、半頭児、怪物をみて早く処置しようと思つてもまだギヤア、ギヤア啼いているのは誠に因果なことである。」と、真相を打ち明けられる医師もいたことを付け加えておく。

ところで、重症奇形児の生命の保護については、刑法との関係でいかに解すべきであろうか。つぎのような事例が問題になる。①、妊娠中に重症奇形児であることが判明したばあい、生産した後においては、②、刑法で保護する生命とはいいがたいばあい、③、刑法の保護の対象に入るが、生命保持のための医療処置を施しえなくなったばあい、④、生命ある重症奇形児を殺害したばあい、などが考えられるが、それとともに、生命を保持する努力をするが、現代の進歩した医学をもつても将来において重症心身障害者になることが確実に予想されるときには、刑法の問題とは別に重大な事柄

といえよう。

この種の異常児をもつにいたった家庭の悩みは大きい。出産時に、産室という密室の中で医師または助産婦と児の家族が、人知れずに処置を考えるわけであるが、かりに生産しても死産扱いにすることになるのではないだろうか。処置については詳細を知りえないが、イギリスの実務のように不作為的な方法がとられるのか、あるいはもっと積極的な方法がとられるのかはわからない。いずれにしても、これまで、この種の重症奇形児の取り扱いについて裁判沙汰になった事例をきかない。特別限られた場所で特定の人々によって処理されるために、外部からはなかなか実情をつかみえない。また、事柄が事柄であるために捜査の手はのびにくい。生活不可能の重症奇形児の処置について、真実のところを知りたいとおもう。

さて、(一)の妊娠中に生活不可能の重症奇形児であることが判明したばあいには、すでにわが国の産科医の指摘することく、母体第一主義の原則から人工妊娠中絶をおこなうかあるいは穿頭術または切断術をおこなうことになろう。いずれにしても、この場合には、もっぱら母体の生命ないし健康の保持が顧慮されるわけであるが、同時に、優生学的見地から優生保護法にもとづき人工妊娠中絶が許容されるのである。

つぎに、生産したあとの事例として、(二)の刑法で保護する生命とはいいたいばあいであるが、これについては先に考察したごとく、生活能力や身体的組織の損傷の程度から刑法の保護外におかれてしかるべき存在がありうるのではないかとおもう。ただ、この点については、従来、このような主張がまったくなされておらず、しかも、具体的にどのような状態がこの種の事例に該当するのかについて確固たる判断がなされにくい事情にあるために、共感が得られるのか否かについては自信がない。もちろん、認定に際しては、単に生物学的見地にもとづくのではなく、あくまで法律上の見地にたつて考察すべきことになる。生命性が附与せられなければ、「物」扱いされる。犯罪の成立を否定する一つの根拠として、この節の冒頭において抽象的に私見を述べたわけであるが、考え方の当否につき、産科医や小児科医の意見をきかせてい

ただける機会があるならば幸いにおもう。

(三)の刑法の保護の対象に入るが生命保持のための医療処置を施しえなくなったばあいにおいては、医療中止の不作為の犯罪性が問題になる。これについても、すでに詳細に治療義務との関係で論じておいたが、実際には、重症奇形児であることから生命が自然に尽きるまで徹底的にその保持にあたるか否かについては疑問がもたれるのではなからうか。いかに保持のための努力をしても、早晚、死の転帰をとるような重症度の極めて高い児については治療義務性について困難な問題は生じないが、生命の保持が可能で、しかも将来において重症心身障害者になることが確実に約束されているようなばあいには、関係者の困惑は大きい。建前としては、治療義務の負担は免れないであろう。したがって、将来の不幸が確実に視されていて生命の保持に務めるべきである。

最後に、(四)の生命ある重症奇形児を殺害したばあいであるが、奇形はその程度の如何を問わずに殺人を適法化する根拠にならないのはいうまでもない。また、児は、殺人を嘱託・承諾する能力を有しないために、嘱託・承諾殺人罪の構成要件を適用するわけにはゆかない。それ故に、もしもこのような事例が生じたときには、普通殺人罪の成立をみた上で、事情を酌み、責任の段階で然るべき考慮が払われることにならう。

(3) (座談・木下正一ほか) 「奇形について」産婦人科の世界八巻七号(昭和三十一年)三九―四〇頁。

(4) 菊池俊雄「奇形の記録」産婦人科の世界八巻七号(昭和三十一年)五〇頁。